

WYROK
z dnia 2 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 sierpnia 2016 r.** w Warszawie odwołania z dnia **19 lipca 2016 r.** wniesionego przez wykonawcę **Biuro Obsługi Inwestycji SUN PROJECT R. Ch., ul. Marco Polo 10, 86-032 Niemcz** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Piła, Pl. Staszica 10, 64-920 Piła,**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje dokonanie:

- 1) unieważnienia czynności **zamawiającego** z **14.07.2016 r.** wykluczenia **odwołującego** oraz wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) ponownego badania i ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty **odwołującego**.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gmina Piła, Pl. Staszica 10, 64-920 Piła

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Biuro Obsługi Inwestycji SUN PROJECT R. Ch., ul. Marco Polo 10, 86-032 Niemcz**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) przez zamawiającego **Gmina Piła, Pl. Staszica 10, 64-920 Piła** na rzecz

wykonawcy **Biuro Obsługi Inwestycji SUN PROJECT R. Ch., ul. Marco Polo 10, 86-032 Niemcz** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do **art. 198a i 198b** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2015 r. poz. 2164**) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Piła, Pl. Staszica 10, 64-920 Piła wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Pełnienie funkcji inżyniera kontraktu przy realizacji przedsięwzięcia: „Rozbudowa centrum sportowo-rekreacyjnego aquapark w Pile – etap I Basen sportowy”«.

Ogłoszenie o zamówieniu zamawiający zamieścił **14.06.2016 r.** w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nrem **85453**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2015 r. poz. 2164**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **14.07.2016 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „DARO” D. Cz. ul. Warskiego 5/9, 66- 400 Gorzów Wlkp.**
- 2) wykluczeniu wykonawcy **Biuro Obsługi Inwestycji SUN PROJECT R. Ch., ul. Marco Polo 10, 86-032 Niemcz**, gdyż zamawiający zastosował **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp**.

Wykonawca Biuro Obsługi Inwestycji SUN PROJECT R. Ch., ul. Marco Polo 10, 86-032 Niemcz, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp**, wniósł **19.07.2016 r.** do Prezesa KIO odwołanie na: wadliwy wybór **oferty najkorzystniejszej wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „DARO” D. Cz. ul. Marco Polo 5/9, 66-400 Gorzów Wlkp.**, pomimo że oferta tego **wykonawcy** powinna zostać sklasyfikowana na drugim miejscu przy uwzględnieniu wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwolujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) **art. 7 ust. 1 Pzp** przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i powodujący nierówne traktowanie wykonawców;
- 2) **art. 7 ust 3 Pzp** przez udzielenie zamówienia **wykonawcy** wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp;
- 3) **art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp** przez wykluczenie **odwołującego** pomimo tego, że nie podlegał wykluczeniu;

- 4) **art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp** z uwagi odrzucenie oferty **odwołującego** pomimo tego, że niepodległa odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności **zamawiającego** z **14.07.2016 r.** tj. wykluczenia oferty **odwołującego** oraz wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty **odwołującego**;
- 3) wybór oferty **odwołującego**;
- 4) zasądzenie kosztów postępowania.

Argumentacja **odwołującego**

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „DARO” D. Cz. Gorzów Wlkp.** oraz czynności wykluczenia oferty **odwołującego** na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp**, gdyż w opinii **zamawiającego odwołujący** nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu **zamawiający** wskazał **niezgodność treści oferty z SIWZ**:

„Zgodnie z **rozd. XXIII pkt 5 SIWZ** Istotne dla stron postanowienia umowy, wzór umowy, „Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy zostanie zapłacone **wykonawcy** w terminie od 14 do 30 dni od daty (...)”. **Wykonawca** zaproponował termin płatności – 60 dni co jest niezgodne z treścią **SIWZ**”. Zarzuty **zamawiającego** są bezpodstawne, a wykluczenie **odwołującego** stanowi naruszenie **art. 7, art. 24 ust 2 pkt 4, 89 ust. 1 pkt 5 Pzp**.

Zgodnie z postanowieniami **rozd. XIX** Kryteria oceny ofert i opis sposobu ich obliczania, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty **zamawiający** przyjął następujące kryterium przypisując mu odpowiednio wagę procentową:

- cena brutto 95%,
- termin płatności 5%.

Następnie **zamawiający** wskazał na zasady oceny ofert w poszczególnych kryteriach, odnośnie – Kryterium termin płatności został wskazany poniższy wzór:

$$T = (\text{termin płatności w ofercie badanej} / \text{najdłuższy termin płatności}) \times 100 \times \text{waga kryterium } 5\%$$

W **pkt 3 formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ** w należało podać termin płatności w dniach: „3. Termin płatności faktur ___ dni”.

Wbrew twierdzeniom **zamawiającego**, **zamawiający nie ograniczył wykonawcom** w postępowaniu możliwości zaoferowania długości terminu płatności, brak takiej informacji

w **rozd. XIX SIWZ** dotyczącym kryteriów oceny ofert i opisu sposobu ich obliczania oraz formularzu ofertowym.

Natomiast taka informacja **znajduje się w dokumentach kolejnego postępowania ogłoszonego** przez **zamawiającego** na Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji przedsięwzięcia pn.: „Rewitalizacja obszarów przemysłowych i powojkowych na terenie miasta Piły – rozwój strefy przemysłowej Piła południowo-wschodnia (rejon ul. Wawelskiej)” – przebudowa i rozbudowa ul. Wawelskiej – od km 0+000,00 (od przejazdu kolejowego linii kolejowej nr 203 Tczew-Kostrzyn) do km ok. 2+000,00, **w którym zamawiający zastosował identyczne kryteria oceny ofert, jednakże z zastrzeżeniem, że termin płatności nie może być krótszy niż 14 dni i nie może być dłuższy niż 30 dni zgodnie ze wzorem:**

– termin płatności – według następującego wzoru: **(min. 14 dni, maks. 30 dni)**

$T = (\text{termin płatności w ofercie badanej} / \text{najdłuższy termin płatności}) \times 100 \times \text{waga kryterium } 5\%$

Zamawiający w prowadzonym postępowaniu nie ograniczył zaoferowania terminu płatności dłuższego niż 30 dni, wskazane w uzasadnieniu wykluczenia, przez **zamawiającego** postanowienie dotyczące istotnych postanowień umowy nie może być traktowane rozszerzająco jako doprecyzowanie opisu kryteriów ceny ofert z **rozd. XIX**.

Termin płatności wynoszący 60 dni zaoferowany przez **odwołującego** jest terminem zgodnym z postanowieniami **SIWZ** oraz przepisami **ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. z 2016 poz. 684)**, która dopuszcza zastosowanie dłuższego terminu płatności.

Odwołujący wniósł o przywrócenie stanu zgodnego z prawem przez przywrócenie oferty **odwołującego** i jej wybór jako oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryterium oceny ofert określonym w **SIWZ**.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 18.07.2016 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp)**.

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **18.07.2016 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp)**.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **01.08.2016 r. (art. 186 ust. 1 Pzp)**. **Zamawiający** wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie **odwołującego** kosztami postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Ponadto Izba oparła wyrok na dowodzie złożonym przez odwołującego: **(dowód nr 1) bardzo podobnej do rozpoznawanej – SIWZ zamawiającego z 27.06.2016 r. w innym postępowaniu zamawiającego, z której to SIWZ odwołujący wywodzi, że zamawiający zmienił postanowienie rozdz. XIX ust. 3 pkt 1 tiret drugie przez dodanie w nawiasie wyrażenia »min. 14 dni, max 30 dni« [pisownia oryginalna –KIO].**

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp przez wykluczenie odwołującego, pomimo że odwołujący nie podlegał wykluczeniu oraz zarzut czwarty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z uwagi odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że oferta odwołującego niepodległa odrzuceniu – zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp uzasadniając to, że odwołujący zaproponował w ofercie termin płatności 60 dni, co jest niezgodne z rozdz. XXIII ust. 5 SIWZ „Istotne dla stron postanowienia umowy, wzór umowy”, gdzie zamawiający postanowił o terminie płatności od 14 do 30 dni.

Izba stwierdza, że zamawiający ustanowił w rozdz. XIX ust. 2 tiret drugie SIWZ jako kryterium oceny ofert na poziomie 5% właśnie „termin płatności” i nie ograniczył zaoferowania terminu płatności żadnymi innymi postanowieniami. Pierwszym kryterium było kryterium ceny brutto na poziomie 95%.

Zamawiający dopiero w **rozdz. XXIII SIWZ** odniósł się do długości terminu płatności, jednak **zamawiający** nigdzie nie wskazał, że postanowienie to w jakikolwiek sposób wpływa na możliwość oferowania długości terminu płatności.

Ponadto w **art. 5 czy art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. z 2016 poz. 684)** jest mowa o możliwości ustanowienia przez strony terminu zapłaty dłuższego niż 30 dni, chociaż ze znacznymi ograniczeniami. **Wykonawcy** mogli nie pytać, czy **zamawiający** ma jakieś powody, aby ustanowić dłuższy **termin płatności**. Podobnie sami **wykonawcy** mogli spełniać przesłanki ustanowienia dłuższego terminu płatności. Szczególnie, że **rozdz. XXIII SIWZ** został zatytułowany »Istotne dla stron postanowienia umowy, wzór umowy«, a w rozdziale tym **zamawiający** nie zamieścił wzoru umowy, którego postanowienia nie powinny być zmieniane po upływie terminu składania ofert, a załącznik nr 7 nosił tytuł »Projekt umowy«, czyli również nie był zatytułowany »wzór umowy«, jak o tym stanowi **art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp. Art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp** brzmi »Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej [...] istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach«. Ze swojej istoty dokument »Istotne dla stron postanowienia umowy« jest zmieniany po terminie składania ofert, a przed zawarciem umowy, natomiast »wzór umowy« jest traktowany przez uczestników systemu zamówień publicznych, jako dokument, który nie podlega zmianom po terminie składania ofert.

Izba także zauważa, że mimo możliwości zaoferowania dowolnej liczby dni terminu płatności, **odwołujący** zaoferował liczbę **60 dni**, zgodnie z górną liczbą dni przewidzianą w **ustawie z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych**. Wskazuje to na realne i poważne podejście do kwestii tej deklaracji przez **odwołującego**, a także przez pozostałych **wykonawców**, których deklaracje zamknęły się w granicach **14-30 dni**.

Ponadto **Izba** stwierdza, że nie można wymagać od **wykonawców**, aby zwracali się do **zamawiającego** o wyjaśnienie treści specyfikacji, na podstawie **art. 38 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp**, który to przepis brzmi: »Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia«. Zwracanie się do **zamawiającego** nie jest obowiązkiem, ale uprawnieniem **wykonawców** i nawet w przypadku ewidentnie niezrozumiałych postanowień w **specyfikacji**, **wykonawcy** mogą zrezygnować z korzystania z uprawnienia do zwracania się do **zamawiającego** o wyjaśnienia. W takim przypadku **wykonawcy** mogą sporządzić ofertę ryzykując, że oferta nie zostanie odpowiednio zbadana i oceniona. Decyzja o zwróceniu się do **zamawiającego** o wyjaśnienia jest dobrowolną decyzją **zamawiającego**, na którą nie mają wpływu żadne przepisy,

zwyczaję czy jakiegokolwiek zewnętrzne czynniki. To sam **zamawiający** musi przewidzieć wszystkie okoliczności udzielania zamówienia i odpowiednio opisać je w specyfikacji. Nie można następnie obciążyć **wykonawców** konsekwencjami za niedopełnienie którejkolwiek warunków redagowania **specyfikacji** przez **zamawiającego** i interpretacja postanowień **specyfikacji** nie może być niekorzystna dla **wykonawców**.

Izba stwierdza, że **SIWZ** przedstawiona przez **odwołującego**, jako **dowód nr 1**, dotyczy innego postępowania, dlatego nie może mieć wpływu na wynik rozpoznawanego postępowania ani na orzeczenie.

Ponadto **Izba** stwierdza, że w piśmie informującym o zaniechaniu brania pod uwagę oferty **odwołującego** przez **zamawiającego**, **zamawiający** podał właściwą podstawę rzeczową, ale podał nieodpowiednią podstawę prawną, podając jako podstawę prawną **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp**, który dotyczy wykluczenia z postępowania, co w rzeczywistości nie miało miejsca. **Art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp** brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy [...] nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu«. Jednak w rozpoznawanej sprawie przytoczenie przez **zamawiającego** niewłaściwej podstawy prawnej na wyeliminowanie **odwołującego** z postępowania nie miało wpływu na wynik postępowania, a ponadto nie było przedmiotem zarzutu.

Także **Izba** przychyliła się do wyroku **Izby** z 12 sierpnia 2008 r. **KIO/UZP 784/2008**, gdzie **Izba** stwierdziła, że kryteria oceny ofert powinny być opisane przez **zamawiającego** w sposób precyzyjny i jednoznaczny, tak aby możliwe było dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty. **Zamawiający** powinien zamieścić w **SIWZ** i odpowiednio w ogłoszeniu o zamówieniu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Szczególnie **Izba** stwierdza, że **zamawiający** nie zawarł jakichkolwiek dodatkowych wymagań o ograniczeniu terminu płatności w **ogłoszeniu o zamówieniu**, a więc tym bardziej **zamawiający** nie może stosować do badania i oceny ofert postanowień o granicach terminów płatności.

Izba biorąc pod uwagę te wszystkie okoliczności musi stwierdzić, że zarzut **trzeci** naruszenia **art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp** oraz zarzut **czwarty** naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp** zasługują na uwzględnienie.

W ocenie **Izby**, zarzut **pierwszy** naruszenia – **art. 7 ust. 1 Pzp** przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i powodujący nierówne traktowanie wykonawców i zarzut **drugi** naruszenia **art. 7 ust 3 Pzp** przez udzielenie zamówienia **wykonawcy** wybranemu niezgodnie z **przepisami Pzp** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie uzasadnił zarzutów pierwszego i drugiego ani pisemnie w treści odwołania, ani nawet ustnie do protokołu podczas rozprawy. W związku z tym **Izba** nie

mogła rozpoznawać tych zarzutów, bo nie spełniały one przesłanek, które powinno spełniać odwołanie zgodnie z **art. 180 ust. 3 Pzp**, który to przepis brzmi »**Odwołanie powinno wskazywać** czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania«.

Izba stwierdza, że **zamawiający** naruszył **art. 24 ust. 2 pkt 4** i **art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp**.

Z powyższych względów uwzględniono **odwołanie**, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego **Izba** orzekła na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia** Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: